



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

LUANA DE OLIVEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**BRASÍLIA
2019**

LUANA DE OLIVEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Mestre Edgard Francisco Dias Leite.

BRASÍLIA
2019

LUANA DE OLIVEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Mestre Edgard Francisco Dias Leite.

Brasília, _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador

Professor Examinador

“Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia, ao meu pai **Hélio Amaruzan da Rocha de Oliveira**, minha mãe **Odete Aparecida da Rocha de Oliveira**, aos meus irmãos **Gustavo Vaz e Nathália Oliveira** e ao meu grande mestre **Professor Edgard Francisco Dias Leite**.”

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a motivação do ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, bem como, os efeitos decorrentes do ativismo judicial no ordenamento jurídico. Para isto, foram feitas análises desde a separação dos poderes e marcos importantes, até o surgimento do fenômeno e solidificação do mesmo, a forma de adoção no sistema brasileiro, bem como, suas diferenciações com outros fenômenos. Por fim, foram feitos apontamentos sobre sua aplicabilidade em casos de grande relevância no Brasil.

ABSTRACT

This paper analyzes the motivation of judicial activism by the Federal Supreme Court, as well as the effects of judicial activism on the legal system. For this, the analyzes were made from the separation of powers and memorable facts, to the emergence of the phenomenon and its solidification, the way of adoption in the Brazilian system, as well as its differentiation between other phenomena. Finally, notes were made about its applicability in cases of great relevance in Brazil.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal. Separação dos Poderes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	7
1.1 O neoconstitucionalismo e sua formação	8
1.2 O marco histórico.....	9
1.3 O marco filosófico	10
1.4 O marco teórico	11
2 O ATIVISMO JUDICIAL.....	14
2.1 O surgimento do ativismo judicial	14
2.1.1 <i>A diferença entre ativismo judicial e judicialização da política</i>	18
2.2 O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal	21
3 ANÁLISES DE CASOS.....	26
3.1 A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal	26
3.1.1 <i>Modelos de Controle Constitucional</i>	26
3.1.2 <i>O controle difuso-concreto</i>	26
3.1.3 <i>O controle concentrado-abstrato</i>	26
3.2 A abstrativização na via difusa	27
4 A LEGITIMIDADE DO SENADO FEDERAL – ANÁLISE DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	33
5 A INICIATIVA DE INQUÉRITO POR PARTE DO STF	37
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata do ativismo judicial e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. O fenômeno surge conforme a intervenção do Supremo em competências que não são de sua alçada, mas, dos outros Poderes.

O objeto de estudo é a aplicação do ativismo judicial e as implicações decorrentes desse mau uso no ordenamento jurídico. Dessa forma, serão analisados tanto o surgimento do fenômeno e seus desdobramentos até o momento atual, quanto casos que evidenciam sua má aplicabilidade.

Assim, o objetivo do estudo é demonstrar que o ativismo apesar de se mostrar um bom recurso a ser utilizado em nosso sistema jurídico, não é a melhor saída quando o assunto é respeitar a Constituição e manter seus preceitos.

Para tanto, o primeiro capítulo aborda a Separação dos Poderes, o neoconstitucionalismo e os marcos necessários para que haja um primeiro conceito acerca do fenômeno. Dessa forma, inicialmente, apresenta-se um ponto de partida para que o leitor possa identificar, posteriormente, de onde partiu o uso do ativismo.

Já o segundo capítulo trata do surgimento do ativismo, sua aplicação no Direito Internacional, a diferenciação entre o fenômeno e a judicialização das políticas públicas e a forma de utilização por parte do Supremo Tribunal Federal. O capítulo traz consigo diversas opiniões de grandes autores, bem como, suas ponderações sobre a aplicabilidade ou não em nosso ordenamento jurídico.

O terceiro capítulo apresenta uma análise aprofundada da utilização do ativismo judicial em casos de grande relevância no Brasil. Atenção maior é dada na suposta mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, o que causou diversos debates sobre o tema.

Portanto, a partir da análise dos capítulos, busca-se expor a dificuldade de uma aplicação correta do ativismo judicial no sistema. Aplicação essa, que seria melhor alcançada caso apenas a judicialização das políticas públicas fosse utilizada no sistema, sem deixar brechas para que haja a atuação do ativismo judicial e, dessa forma, garantir que o Supremo Tribunal Federal não interfira nas alçadas dos outros Poderes.

1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Estado, buscando executar as atribuições que lhe são conferidas, encarrega-se de incontáveis obrigações, tendo como objetivo essencial a efetivação do bem público. Intentando o desempenho estatal sem influências e respeitando os direitos fundamentais das pessoas, a disposição das incumbências do Estado se dá de forma a possibilitar que cada poder proceda com autonomia, entretanto, esses órgãos não usurpam a competência alheia. Tal conceito, reporta-se à separação dos poderes do Estado, teoria sistematizada por Montesquieu. No Brasil, a separação dos poderes encontra-se elencada no artigo 2º da Constituição Federal:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.¹

José Afonso da Silva, ilustra o princípio da seguinte forma:

O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina de separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal compreensão que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é. Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.²

¹ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 ago. 2019.

² SILVA, José Afonso, 2009, p. 109.

De acordo com o entendimento de José Afonso, mesmo tendo sido concebido de maneira rígida, na impende que, atualmente, o princípio da Separação dos Poderes passe por diversas mitigações, principalmente perante a ocorrência do fenômeno do neoconstitucionalismo, o qual será abordado no tópico a seguir.

1.1 O neoconstitucionalismo e sua formação

O Neoconstitucionalismo se revelou na época da pós-segunda Guerra Mundial. As alterações no constitucionalismo habitual são prole do pós-positivismo. Há uma inovação na maneira interpretativa que buscou majorar a eficiência da Constituição, essencialmente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais. Trata-se da notória modificação de paradigmas. Outrora discutia-se sobre a não interferência estatal, ou ausência estatal. O surgimento do neoconstitucionalismo ocasionou a ilustração do Estado solícito, de forma que este também passou a ser guardião da efetividade dos direitos.

O neoconstitucionalismo busca ultrapassar o positivismo puro, peculiaridade destacada do constitucionalismo. Comenta-se, a partir disso, de pós-positivismo. À medida em que se atentou que o positivismo puro era um intermédio apropriado de ratificação de detestáveis injustiças, fez-se imprescindível uma norma positivada, entretanto, à luz dos princípios.

A constituição deslocou-se para o centro do nosso sistema jurídico, de maneira que pudesse espalhar seus princípios e efeitos para todo o sistema. A carta passou a ter força regulamentária e carga apreciativa. Faz-se necessário pontuar o tópico da soberania geral perfeitamente destacada no artigo 1º, parágrafo único da Constituição:

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.³

Observamos que o poder é do povo e é concretizado através de seus representantes eleitos ou diretamente (referendo, plebiscito e iniciativa popular de

³ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2019.

leis), de acordo com as disposições da Constituição. Necessário salientar a questão que levanta-se concernente à sua representação ou sua falta, posto que os juízes empregam o direito na estagnação dos outros poderes.

Dessa forma, o neoconstitucionalismo avança, nas palavras de Luís Roberto Barroso⁴, a contar de três marcos: o histórico, o filosófico e o teórico.

1.2 O marco histórico

O marco histórico do neoconstitucionalismo foi o nomeado constitucionalismo pós-guerra, principalmente na Itália e na Alemanha. No Brasil, observa-se que a proclamação da Constituição de 1988 está intimamente ligada ao marco histórico do neoconstitucionalismo.

Luís Roberto Barroso⁵ declara que a Constituição de 1988 foi a que permitiu o mais duradouro tempo de equilíbrio organizacional da história republicana do Brasil. O impeachment de um Presidente, o desligamento de senadores, a escolha de um presidente de oposição, e a apreciação de casos representativos pelo Supremo são exemplos da confirmação de que o constitucionalismo no Brasil, se posta em terras resolutas.

Com o desfecho da segunda Guerra Mundial, a indicação dos Estados como sendo democráticos e constitucionais de direito, constitucionais democráticos, revelou-se disseminada, possuindo tais concepções como valor sagrado o da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Gabriel Marques⁶, tal valor a princípio foi exprimido na Constituição Alemã (1949), sendo denominado como “Lei Fundamental do Bonn”, fundando uma das fontes mais significativas no que concerne aos direitos fundamentais.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20060502.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20060502.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁶ MARQUES, Gabriel. Curso de Direito Constitucional I. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/97172325/CURSO-DE-CONSTITUCIONAL-I-PROF-GABRIEL-MARQUES-2012-1>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

No Brasil, o ressurgimento do direito constitucional se deu no universo de reconstitucionalização do país, na circunstância de um debate anterior, chamamento, concepção e publicação da atual Constituição. A Constituição proporcionou a transição de um regime absolutista para um democrático de direito.

Os recursos de controle de constitucionalidade e a extensiva prognose dos sistemas de freios e contrapesos apresentam ao sistema jurídico brasileiro uma oportunidade de irrefutabilidade plena do novo constitucionalismo.

1.3 O marco filosófico

Em relação ao marco filosófico, a corrente majoritária é a do pós-positivismo. Luís Roberto Barroso⁷, foi cuidadoso ao mencionar que os autores prenunciadores dessa discussão foram John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Alexy. A criação do pós-positivismo decorreu do antagonismo entre paradigmas: o jusnaturalismo e positivismo.

O pós-positivismo jurídico, efeito desses pensamentos filosóficos, usufrui do pós-naturalismo a argumentação jurídica sobre a efetuação da justiça em sua proporção exata e seus princípios. No que lhe concerne, utiliza do positivismo o receio em possibilitar a execução das normas.

O neoconstitucionalismo é a exteriorização desse raciocínio filosófico na essência da Constituição. O pós-positivismo procurou, então, exceder a conformidade estrita, mas sem, contudo, menosprezar o direito posto.

Nesse grupo de novas convicções, pode-se conferir como consequência o advento da força normativa dos princípios, o aparecimento de uma hermenêutica constitucional e a restauração da hipótese dos direitos fundamentais fundada sobre o parâmetro da dignidade humana. Em síntese, esse novo conceito é demonstrado nas palavras de Prieto Sanchís⁸

Seguramente, a exigência de renovação é mais profunda, de maneira que o constitucionalismo está impulsionando uma nova teoria do direito, cujas características mais salientes caberia

⁷ MARQUES, Gabriel. 2012, p. 18.

⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, em “neoconstitucionalismo(s)”, org. Miguel Carbonell. Madrid: Trota, 2003.

resumir nos seguintes cinco epígrafes, expressivos de outras tantas orientações ou linhas de evolução:

Mais princípios que regras;

Mais ponderação que subsunção;

Onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentaria;

Onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário;

E, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológico em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.

De acordo com Luis Roberto Barroso⁹, o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional se mostra como sendo um composto extensivo de alterações sucedidas no Estado e no direito constitucional.

1.4 O marco teórico

Finalmente, o exame clássico do projeto teórico da criação do neoconstitucionalismo compreende três grandes modificações, as quais mudaram consideravelmente o entendimento acerca do tema. Novamente, Luís Roberto Barroso, nos orienta que (i) a condecoração de força normativa da Constituição; (ii) a amplificação da competência constitucional e (iii) a evolução de uma nova dogmática de compreensão constitucional são as alterações que rodeiam a nova ordem constitucional.

A compreensão das normas constitucionais como titulares de potência normativa plena e eficaz procedeu poderosas oscilações no conjunto constitucional positivo. O recente padrão ultrapassou o anterior no qual o texto constitucional era entendido como um escrito substancialmente público, um chamado à atividade dos poderes públicos.

Anteriormente, na época das regências antidemocráticas, totalitárias e ditatoriais, o direito constitucional e a execução de seus preceitos sobravam unicamente a esfera das ideias, por pouco na esfera da filosofia. Tal condição não é mais recepcionada no ordenamento atual. Hoje, sobeja adequadamente concretizada

⁹ FERREIRA, Eduardo. O novo constitucionalismo. Visão jurídica. 48 ed. São Paulo: Escala, 2010. p. 96-98.

a formulação de direito constitucional positivo, normativo, garantido de plena efetividade.

No que diz respeito à dilatação da competência constitucional tolera-se afirmar que a primordialidade em consumir os constitucionalizados direitos fundamentais, inatingíveis em relação ao procedimento jurídico predominante, solicitou acolhimento do Judiciário. Comparecem, então, em profusos ordenamentos pelo mundo, meios de controle de constitucionalidade, relacionados a formação de tribunais constitucionais.

Esse procedimento de disseminação da constitucionalidade através da jurisdição constitucional se alastrou de forma geral. Alguns Estados, como por exemplo o Reino Unido, Holanda e Luxemburgo conserva o modelo de soberania parlamentar, sem a aplicação de nenhum paradigma de controle de constitucionalidade.

No Brasil, o controle de constitucionalidade difuso funciona no ordenamento jurídico desde a Constituição de 1891. Por seu turno, o controle direto, foi incluído na Constituição de 1965 por intermédio de uma emenda constitucional.

Foi, entretanto, na Constituição de 1988 que essa competência constitucional amplificou-se efetivamente. Distendeu-se, de forma considerável o direito de propositura, da mesma maneira a formação de novas ferramentas como: a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e intervenção federal.

O tribunal internacional através de ações de controle direito e julgamento de recursos extraordinários, determina nessa linha temporal, uma nova perspectiva constitucional. Refere-se a uma maneira de apreciação jurídica.

A imprescindibilidade de se outorgar retornos constitucionalmente adequados fez com que os críticos da norma máxima se convertessem em integrantes, mediante a compreensão, do método de formação do direito, ajustando ou preenchendo a função do legislador.

A despeito dessa categorização (marco teórico, filosófico e histórico) vastamente acatada, alguns doutrinadores, como por exemplo Dimitri Dimoulis, em

sua “Crítica ao neoconstitucionalismo”¹⁰ propõe que a inexistência desses fundamentos admitiria elucidar de forma adequada o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo fez com que as constituições parassem de ser entendidas como comuns escritos políticos, não sendo capaz de se criar usuais orientações, sendo impreterível seu exame como um apanhado de normas de extensa eficácia jurídica, sendo essencial para as pessoas.

Essa atual maneira de entendimento e metodização da constituição necessita de acatamento por parte da Constituição no que tange ao seu lado formal, da mesma forma que no seu lado material, são esses os parâmetros do neoconstitucionalismo.

As implicações do neoconstitucionalismo para o corpo social se explicitam de forma relevante na conjuntura social. É possível frisar a ascensão da importância dos fundamentos constitucionais – da mesma forma que ocorreu nas medidas tomadas a respeito das relações homoafetivas, baseadas na dignidade da pessoa humana.

Até então, a considerável expansão da competência constitucional, em que o tribunal constitucional começa a ter função fundamental na execução e deliberação em relação aos direitos fundamentais, concedendo-os uma efetividade inovadora no ordenamento jurídico.

Finalmente, cumpre ressaltar a consagração do ativismo judicial como atributo essencial para essa discussão. Necessário evidenciar que foi com o surgimento do neoconstitucionalismo que o Poder Judiciário começa a ser convocado para implementar os direitos fundamentais e para realente traçar a condução popular.

¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40.

2 O ATIVISMO JUDICIAL

2.1 O surgimento do ativismo judicial

O vocábulo “ativismo judicial” teve origem nos Estados Unidos com a divulgação do artigo nomeado “The Supreme Courte: 1947” na revista *Fortune*, de composição do jornalista Schlesinger Jr.¹¹ Na época, o jornalista fundamentou que os juízes ativistas eram inclinados a utilizar seus poderes de julgamento de forma a estabilizar seus entendimentos sobre justiça social e que os juízes “auto-contenção”, esmeravam-se mais com a forma tradicionalista do que com o que a lei propriamente ditava.

Em contraposição ao termo utilizado pelo jornalista, este foi questionado por não ter se baseado em motivos racionais para que sua classificação pudesse ser considerada. Ao invés disso, segundo o questionamento, o jornalista apenas ofendeu diretamente os juízes da Suprema Corte. Nota-se, que a classificação adotada pelo autor acatou em sua grande parte, aspectos políticos, deixando de lado os aspectos jurídicos, uma vez que, o mesmo não tinha entendimento jurídico para tanto. Nesse contexto, Elival da Silva Ramos, rigorosamente comenta que:

A discussão sobre ativismo, como se constata nos Estados Unidos, desloca-se mais para o plano da filosofia política, sendo a indagação central a legitimidade do Poder Judiciário, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano.¹²

O ativismo judicial nos Estados Unidos é definido pela intervenção do Poder Judiciário nos assuntos exclusivamente relacionados à Políticas Públicas. Entretanto, observa-se, que outros assuntos são abordados naquele País quando empenhada a busca por sua definição. Richard Garnnet arrola outra possibilidade: “o termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão.”¹³

¹¹ LEAL, Tourinho. Ativismo ou Altivez? Minas Gerais: Fórum, 2010.

¹² RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40.

¹³ GARNETT, Richard W. Debate: judicial activism and its critics. v. 155. University of Pennsylvania Law Review, 2006. p. 112.

Uníssono ao conceito de Richard Garnnet, o termo ativismo judicial é empregado politicamente com o fundamento de macular decisões proferidas pelas Cortes as quais destoam das ânsias políticas. Constata-se, nesse caso, a tênue correlação entre a atividade política e os pareceres que destoam dessas atividades. Por conseguinte, o ativismo judicial nos Estados Unidos da América contém essencialmente as deliberações que ocupam a esfera de políticas públicas.

O ativismo judicial deu-se e ampliou-se nos Estados Unidos. Todavia, essa ocorrência alargou-se para outros países, dentre eles, o Brasil. Apesar disso, o conceito de ativismo judicial mantém-se acarretando ardorosos debates acadêmicos, levando em consideração o princípio da separação dos poderes.

O termo não é recepcionado na doutrina brasileira. Nesse sentido, discorre Paulo Gustavo Gonet Branco:

As referências ao que se tem designado como ativismo judicial refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus contornos. Nem mesmo se encontra um consenso em torno de saber se refere a uma atitude desejável ou negativa. O risco disso está em tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e a julgar instituições e a formar opiniões políticas sobre bases dissolventes da mistificação.¹⁴

A acepção, ocasionalmente, é abarrotada de ardorosa paixão política e crítica, e na maior parte das vezes, utilizada para afrontar colocações ideológicas afastadas das opiniões de seus criadores. Porém, necessário se faz dispor sobre o ativismo judicial, em decorrência de sua expressiva função na execução das normas constitucionais e singularmente dos direitos e garantias fundamentais. Mayra Miarelli e Rogério Montai observam que:

Por “ativismo judicial” entende-se o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do interprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto,

¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Texto não publicado. Extraído da dissertação de mestrado de Carolina Scherer Bicca, intitulada “Ativismo Judicial” no Controle das Políticas Públicas: O Caso da Assistência Social no Brasil. 2011. p. 2.

a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.¹⁵

O ativismo judicial contraria o conceito de que um juiz expresse apenas a função de boca de lei, o qual traduz que um juiz ou tribunal deve apenas indicar os princípios existentes na norma legal, ou seja, a literalidade da lei. O ativismo judicial é a iniciativa inteligente e sensata, tendo respeito pelos princípios constitucionais e como exemplo disso, o de segurança jurídica de formação dos tribunais tracejada na compreensão legal e com base na concretização de direitos contidos na Constituição.

O autor Elival da Silva Ramos, diverso do que pensam os admiradores do ativismo, o reconhece com ressalvas e justifica com uma noção depreciativa, essa ocorrência. De acordo com o autor, a superação das funções típicas de um juiz, tendo como exemplo a produção legislativa, mostra uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, da mesma forma que definições que intrometam pontualmente na discricionariedade do Poder Executivo em relação à políticas públicas são pontos desfavoráveis e suscetíveis de executar o imprescindível cuidado. Diante disso, ante a possibilidade de ferir o princípio da segurança jurídica, o ativismo judicial provavelmente poderia ser considerado uma deformidade.

Entretanto, Luís Roberto Barroso discorda da visão de que o termo é classificado como uso inadequado do poder. Para ele, o termo é um aspecto interativo e de demanda mais acentuada dos domínios constitucionais. Está adequadamente ligada à percepção de preenchimento de espaços vazios ignorados pelo Legislativo.

A Constituição da República Federativa do Brasil detém espantoso volume axiológico que admitir a não execução de seus princípios ou apenas desacatar direitos individuais constitui uma indiscutível afronta. E a já comentada omissão legislativa provoca o descumprimento dos princípios constitucionais, infringindo o natural Estado Democrático de Direito.

A vaidade judiciária nada mais simboliza do que a realização dos valores previstos na composição constitucional brasileira. É mediante um comportamento mais recente e com o objetivo de sustentar os fundamentos do Estado Democrático

¹⁵ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 34.

de Direito ao ponto de comportar a ânsia do constituinte originário que o texto constitucional se efetive. Instrui Luís Roberto Barroso que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] a ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades construindo regras específicas da conduta de enunciados vagos.¹⁶

O citado autor destaca a indispensável prática do ativismo judicial asseverando ser um recurso admissível pela crise institucional posta no Poder Executivo e no Judiciário. Entretanto, observa não ser o ativismo judicial a solução indiscutível, mas uma providência de implementação atípica nas épocas de crise intensa. Complementa Luís Barroso:

Uma nota final: o ativismo, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do poder legislativo.¹⁷

Assim sendo, crê-se que o ativismo judicial no Brasil é tema que causa contenda e discussões na doutrina. Todavia, sua utilização no sistema brasileiro tem sido fundamentada, em maior número, pela conveniência de uma atuação mais pujante e ostensiva dos tribunais com o objetivo de fazer creditar os valores e princípios compreendidos na Constituição Federal.

Indubitavelmente, deste conflito despontam algumas dúvidas, a título de exemplo, se tal atividade é lícita em nosso sistema jurídico. Assim sendo, o exposto artigo utilizou como ponto de partida o ativismo como sendo decorrente do neoconstitucionalismo. Refere-se a uma espécie de consequência do complexo de

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20060502.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

controle formado pelo ordenamento jurídico. É pertinente trazer uma passagem de autoria de Sérgio Fernando Moro:

Neste momento, os tribunais e juízes dão um passo além da histórica e tradicional independência em relação aos demais poderes, para assumirem-se como uma verdadeira “liderança judicial” da sociedade, como a disposição de fixar uma agenda e fazer valer efetivamente os direitos fundamentais.¹⁸

O constitucionalismo em conjunto com o neoconstitucionalismo, tutelaram o alargamento das viabilidades de controle constitucional da compreensão e aplicabilidade do direito em seus mais abundantes aspectos, com fundamento na regra constitucional.

É como resultado desse conjunto de disposição e harmonização das normas, bem como, seu proveito que aparece um novo ângulo do movimento jurisdicional, também denominado como ativismo judicial.

Com tranquilidade é possível afirmar que o ativismo se concatena com os mais diversos assuntos, dentre eles o da judicialização da política e a execução de políticas públicas pelo judiciário¹⁹, entretanto, não se mistura.

2.1.1 A diferença entre ativismo judicial e judicialização da política

É necessário ressaltar a contradição entre ativismo judicial e judicialização, que nas palavras de Luiz Flávio Gomes não se misturam, tendo em vista que traduz-se no fácil ingresso ao Poder Judiciário, que é garantido a todo indivíduo que possua seu direito lesionado ou ameaçado. O ativismo judicial, por sua vez, se consolida nas circunstâncias em que há a “intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, [...] quando o juiz ‘cria’ uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada” na estrutura jurídica.

Lênio Streck faz importantes considerações entre os dois assuntos. Na sua opinião, o ativismo judicial seria danoso para o exercício da democracia, “porque decorre de comportamentos e visões pessoais” dos que estão designados para julgar. A judicialização, por seu turno, conseguiria ser vantajosa ou inconveniente, a

¹⁸ MORO. Sérgio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 103.

¹⁹ MAGALHAES. Pedro Navares. O ativismo judicial e os reflexos no processo civil. São Paulo, 2014. p. 27.

depende do momento. A judicialização da política encontrar-se-á presente nos regimes democráticos, “fortificados por uma Constituição normativa”. Nas hipóteses de desrespeito à Constituição ou de inconstitucionalidades, o Judiciário deve ser acionado para que possa se manifestar. Pontua mais a frente:

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço” seja para manter o status quo). Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guardadores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista.

Do mesmo modo, Luiz Roberto Barroso judiciosamente aponta diferenças entre os dois assuntos:

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na

concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes.²⁰

Cabe destacar que, apesar de serem expressões parecidas, nota-se na judicialização uma maior abrangência e ordenação “típicos dos tempos de busca universal por direitos humanos, e ocorre de várias formas, inclusive com os próprios membros” dos outros Poderes, “trazendo ao fórum questões de macro relevância a serem dirimidas pelas cortes”.

É imperioso salientar que o ativismo judicial, já abordado anteriormente, se funde em uma “atitude, decisão ou comportamento dos magistrados” na correção de “temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições”; distintivamente do que acontece na judicialização de políticas públicas, de maior abrangência e ordenação, que cuida de macrocondições, ocorrendo a modificação da competência para decidir para o Judiciário.

Faz-se necessário tratar da interdependência entre a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial. A judicialização se funde no deslocamento dos debates próprios da esfera política para o campo dos tribunais. Refere-se a uma ocorrência de árdua definição, tendo em vista que, estaria amparada pelos princípios da inércia e da inafastabilidade da jurisdição, e acontece nas hipóteses em que o Poder Judiciário expressa um comportamento de correção das medidas adotadas pelos outros poderes, sendo capaz de alterá-las, quando necessário. Pode-se afirmar que a “judicialização não provoca necessariamente o ativismo judicial, mas dá-lhe o combustível necessário. O ativismo judicial, por sua vez, pode incentivar a judicialização, criando um movimento espiral expansivo.

Assim sendo, “o processo de judicialização, em virtude de suas características, favorece o aparecimento de condutas ‘ativistas’”, levando em consideração que, “pode se fazer presente mesmo em um contexto de competências reduzidas ou de restrição de atuação dos Tribunais”.

Por fim, cabe destacar a correspondência criada por Carlos Eduardo Araújo de Carvalho, que aplica a diferença entre *Poiesis* e *Práxis*, de autoria de filósofos gregos, para exemplificar a distinção entre ativismo e judicialização de maneira mais clara:

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20060502.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

Acredita-se, entretanto, que a melhor colocação para distinguir um conceito do outro seja utilizar uma distinção que primeiramente foi proposta pelos grandes filósofos gregos, qual seja a distinção entre Poiesis e Práxis. Poiesis é um termo grego que significa produção (fabricação), contraposto ao termo práxis usado por Aristóteles, que significa ação, mas seu significado vai além disto. [...] A judicialização ocorre porque há a possibilidade de fazê-lo normativamente (Poiesis). [...] manifesta-se, portanto: 1) pela aplicação direta da Constituição a situações expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador; 2) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios de ostensiva violação da Constituição. O Ativismo, por sua vez, foge das amarras legais e normativas (Práxis), pois se manifesta: 1) pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas; 2) pela aplicação direta da Constituição a situações que não foram expressamente contempladas em seu texto, criando-se uma normatividade concorrente; e 3) pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos de violação da Constituição. A distinção se torna mais perceptível quando analisamos a perspectiva do objeto do agir pela poiesis e pela práxis, ou seja, no Ativismo visa-se a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e alguns fins constitucionais (práxis); enquanto na Judicialização decorre da própria legislação que impõe esses deveres aos judiciários, sem alternativa (poiesis).

Logo, mesmo diante das semelhanças e das inter-relações entre os dois assuntos, nota-se que o ativismo judicial em nada se confunde com a judicialização das políticas públicas, sendo portanto, conceitos diferentes um do outro.

2.2 O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula pertencente ao Poder Judiciário e tem como função a compreensão e proteção da Constituição Federal. Devido aos efeitos causados pelas decisões pronunciadas no curso do controle concentrado de constitucionalidade, sendo *erga omnes* e vinculante, elas repercutem em todo ordenamento jurídico. Dessa forma, necessário se faz questionar se o Supremo Tribunal Federal adere ao ativismo judicial em seus vereditos.

Ao ser indagado sobre o ativismo judicial no Supremo, o ministro Cesar Peluzo afirmou que:

O Supremo sempre aponta para os interesses gerais da sociedade. Essa acusação de ativismo não é exclusiva da Suprema Corte do Brasil. Nos EUA, sérios problemas que deveriam ter sido resolvidos no plano legislativo, ou na área administrativa, só tiveram solução social satisfatória com a intervenção da Suprema Corte. Foi assim inclusive com o racismo. No Brasil lidamos com uma Constituição Analítica, bem diferente da Americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que poderiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: A Constituição de 88 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado, ele decide. Isso já foi chamado de “ativismo judicial a convite constitucional”, o que é apropriado. Só que o Supremo não dá motivos para acusações de partidarismo. Mesmo lidando com questões políticas, age com independência, ao contrário do que se ouve falar de outras cortes. Eu diria mais: quando decisões da Corte chama a atenção da opinião pública é porque as matérias tratadas representam divisões dentro da sociedade brasileira. Falo de temas como o aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direito dos homoafetivos.²¹

Conforme a opinião do referido ministro, o STF é tão ativista que precisa disso para efetivar os preceitos contidos na Constituição, levando em consideração a supressão dos outros poderes e sua eterna politização. Depois de muitos anos debaixo do regime de exceção, a Constituição Federal veio para estabelecer o Estado Democrático de Direito. O Texto Constitucional é notadamente amplo e analítico, possivelmente motivado pela ânsia de independência que reinava naquele momento histórico e político do país. Procurou-se com o objetivo de resguardar a população, a democracia e as instituições jurídicas, acrescentar na Constituição, numerosos assuntos. Nesse em especial, ocorreu uma judicialização das matérias políticas.

Entretanto, uma vez que, estejam contidas no Texto Constitucional, cabe ao Supremo Tribunal Federal zelar pela efetivação dessas matérias políticas. Uma constituição impotente e improdutiva não é capaz de ser julgada como uma Constituição velada. E, para não sujeitar-se a tamanha ameaça, o Supremo Tribunal Federal complementa as lacunas abandonadas pelos outros poderes e cuida da CF, tornando-a efetiva. Entretanto, o assunto ganha novas proporções quando se trata da defesa de direitos sociais contemplados na Constituição e que, em sua maioria,

²¹ DEBATE NA SOCIEDADE. STF enfrenta polêmicas com independência, diz Peluso. Revista Consultor Jurídico, 15 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua>>. Acesso em: 17 ago 2019.

importam na criação e aplicação de políticas públicas. Tendo em vista que os outros Poderes acabam sendo omissos no que tange aos direitos sociais, o STF acaba por ser impelido a tornar efetivos tais direitos, aprofundando no campo dos outros poderes e para isso, faz uso do ativismo judicial.

O Ministro Celso de Mello, na posse do ex-presidente Ministro Gilmar Mendes, se pronunciou no mesmo entendimento:

É por isso que posso afirmar, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte – que não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos Poderes da República – desempenha as suas funções institucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição. Isso significa reconhecer que a prática de jurisdição, quando provocada por aqueles que atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se estiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.²²

Levando em consideração o trecho acima citado, nota-se que o Ministro Celson de Melo chama a atenção para a carência de uma Corte independente com o objetivo de certificar a proteção dos direitos e garantias individuais da população e que se é elevada, é graças ao “Ativismo à convite Constitucional”, tendo em vista que, a Constituição da República Federativa do Brasil é seriamente politizada, estabelecendo ao Supremo sua intervenção e entrada na alçada dos outros Poderes.

Observa-se que o uso do ativismo é explicado sobre a ótica da indispensabilidade de se conceder efetividade às normas constitucionais. Perante as questões políticas presentes no Texto Constitucional, nada mais oportuno que o Supremo se expresse idealizando a materialidade das regras constitucionais.

²² RONCAGLIA, Daniel. Ativismo judicial é necessário na omissão do Poder Público. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-abr23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico?pagina=5>. Acesso em: 19 ago. 2019.

O Ministro Celso de Mello ensina, ainda que:

A formulação legislativa no Brasil, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros. Esse déficit de qualidade jurídica no processo de produção normativa do Estado brasileiro, em suas diversas instâncias decisórias, é preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República. É importante resaltar que, hoje, o Supremo desempenha um papel relevantíssimo no contexto de nosso processo institucional, estimulando-o, muitas vezes, à prática de ativismo judicial, notadamente na implementação concretizadora de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes. O Supremo tem uma clara e nítida visão do processo Constitucional. Isso lhe dá uma consciência maior e uma percepção mais expressiva do seu verdadeiro papel no desempenho da jurisdição constitucional.²³

Dessa forma, nota-se que o Supremo adere ao ativismo judicial com o objetivo de dar efetividade aos preceitos constitucionais, principalmente, diante da lacuna deixada pelos outros Poderes. Nessa perspectiva, é pertinente mencionar decisões do Supremo, onde nota-se o ativismo judicial, levando em consideração os temas abordados. Por exemplo: a) A criação do CNJ – ADI 3367; b) Interrupção da gestação de fetos anencefálicos – ADPF 54/DF; c) Pesquisa com células-tronco embrionárias – ADI 3510/DF; d) Restrição do uso de algemas – HC 91952/SP, etc. ²⁴

Dessa forma, há um novo comportamento empregado pelo STF de modo a cuidar para que os preceitos constitucionais sejam efetivados, resultante sobretudo das lacunas causadas pelos outros Poderes, obedecendo assim os ditames contidos na Lei Maior. Luís Roberto Barroso, leciona que:

O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político,

²³ CHAER, Márcio. Entrevista: José Celso de Mello Filho. Revista Consultor Jurídico, 15 de março de 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei>. Acesso em: 08 set. 2019.

²⁴ JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>>. Acesso em: 08 set. 2019.

dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da Sociedade com as instituições judiciais. É certo que os métodos de atuação e argumentação empregados por juízes e tribunais são jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado Democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político.²⁵

No Poder Judiciário, principalmente no STF, a lei não é mais aplicada em sua literalidade. O que se tem é o oposto, levando em consideração que, cada vez mais, aplicam-se entendimentos extensivos para que a verdadeira ânsia da Constituição seja realizada em sua totalidade. Indispensável se faz preencher a omissão legislativa que a Justiça se destaque em cima do Direito Positivo, que por muitas vezes, não nada justo.

Não existe possibilidade de contestar a existência do ativismo judicial no comportamento do Supremo Tribunal Federal, todavia, seu emprego precisa ser realizado observando os princípios da Separação dos Poderes e do Estado Democrático de Direito.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20060502.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

3 ANÁLISES DE CASOS

3.1 A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal

3.1.1 Modelos de Controle Constitucional

A Constituição Federal adere ao controle jurisdicional de constitucionalidade misto, concretizado pelo controle concentrado-abstrato e controle difuso-concreto.

3.1.2 O controle difuso-concreto

O controle difuso concreto é difuso quanto a atribuição do órgão jurisdicional para a concretização de controle de constitucionalidade concreto e quanto ao propósito deste controle. A atribuição para a execução do controle difuso é de responsabilidade de todos os órgãos do judiciário, sendo oportunizada a juízes e tribunais. Levando em consideração o seu propósito, esta é apreciada em um procedimento judicial com o intuito de que seja a resolução de um conflito compreendendo direitos subjetivos.

A alegação de inconstitucionalidade, nesta modalidade de controle, acontece de forma fortuita, instituindo matéria lesiva, resultando implicações retroativas, ou seja, efeitos *ex tunc* entre as partes. Dessa forma, o órgão jurisdicional não pronuncia a inconstitucionalidade da lei em suas deliberações, mas unicamente descarta sua utilização no caso concreto por julgá-la contraditória aos preceitos adotados pelo texto Constitucional.

3.1.3 O controle concentrado-abstrato

A atribuição para executar o controle concentrado é de uma órgão próprio e definido, que tem por objetivo principal a proteção da ordem constitucional objetiva, mesmo diante da presença de uma lide concreta que compreenda vantagens subjetivas. No Brasil, o controle abstrato é de competência do Supremo Tribunal Federal que julga e processa ações autônomas que expressem desavença com a Constituição. Atualmente, existem 4 modelos de controle concentrado-abstrato: **ADIN, ADC, ADPF e ADO.**

A **ADIN** tem como objetivo garantir a supremacia da constituição e está prevista no artigo 102, da CF²⁶. A **ADC** tem por finalidade reduzir o tempo para que o Supremo Tribunal Federal se manifeste sobre determinada matéria e encontra-se elencada na segunda parte do inciso I, do artigo 102, CF²⁷. A **ADO** objetiva dar efetividade para a norma e está disciplinada na Lei 12063/09²⁸. Já a **ADPF** está prevista na Lei 9882/99 e tem como finalidade “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental”.²⁹

3.2 A abstrativização na via difusa

O critério que introduziu a abstrativização dos resultados na via difusa em relevância foi o ***habeas corpus*** nº 82.859, no qual o Supremo Tribunal Federal³⁰ alterou o entendimento quanto a progressão de regime, sustentando que o regime totalmente fechado seria uma violação a individualização da pena. Para isso, devido a reclamação 4335/AC, nota-se que, ante a manifestação expressa no voto do relator Gilmar Mendes, foi concedido o efeito *erga omnes* à tal medida.

O assunto em discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, teve voto declarado do Ministro Gilmar Mendes que já considerava a reclamação em eventual

²⁶ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 ago. 2019.

²⁷ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 ago. 2019.

²⁸ BRASIL. Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

²⁹ BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82959/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp>>. Acesso em: 15 set. 2019. REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

transgressão de decisão pronunciada pelo Plenário do STF, não importando se fosse em controle difuso.

O Ministro atestou, ainda, que a dimensão dada ao controle abstrato e a viabilidade de se interromper, de forma liminar, a efetividade de normas ou atos normativos, com efeito geral, no cenário da Constituição, disputaram para anular a convicção em sua motivação pessoal no instituto da interrupção da execução pelo Senado Federal, influenciado por um pensamento de divisão de poderes, que atualmente seria antiquado, tendo em vista que, levando em consideração a propagação de decisões munidas de eficiência e do surgimento da Lei 9282/99, modificou-se de maneira vultuosa o pensamento que predominava sobre a separação dos Poderes, transformando a decisão com eficácia geral, costumeira no ordenamento, que era utilizada raramente, nos termos da emenda constitucional 16/65 e a Constituição de 67/69. Depois do voto de Gilmar Mendes, considerando legítima a reclamação, o Ministro Eros Grau que concordou com o Relator (**Gilmar Mendes**) e reconheceu a mutação constitucional sofrida no artigo 52, X, CF, solicitou vistas aos autos.

Joaquim Barbosa manifestou-se pelo não conhecimento da reclamação, entretanto, votou pela concessão do *habeas corpus*. O Ministro atestou não ser admissível, no tipo, o exercício da reclamação, ressaltando que não significa uma mutação constitucional, pois seriam indispensáveis dois requisitos aditivos não exibidos para que houvesse a constatação, sendo eles, maior passagem de tempo para conferência e o resultante e indiscutível caducidade da norma.

Aderbal Amorim aponta outros exemplos em que se é possível notar a abstrativização incorporada ao ativismo:

Outros exemplos do crescente ativismo do Supremo Tribunal Federal – para alguns, a “a judiciliação da política”; para outros, “a supremacia”. Para nós, resposta a um verdadeiro estado de necessidade ocasionado pela omissão legislativa: a proibição do uso de cigarro em avião, a liberação da pesquisa com células-tronco, a vedação de nepotismo na Administração pública, a gratuidade de remédios contra vírus da Aids, a união homoafetiva, a fixação de número de vereadores, o aborto dos anencefálicos, a fidelidade partidária, a criação de novos municípios, o exercício de atividade profissional proibida por Portarias reservadas da Aeronáutica, que o

constituinte prometera restabelecer em 12 meses, a proibição de importação de pneus usados.³¹

Teori Zavascki ressalta a propensão dos tribunais superiores em aplicar a abstração do controle difuso de constitucionalidade, realçando a superioridade das decisões do Supremo em ação direta, da mesma forma que, das pronunciadas em recursos:

Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países. No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988.”³²

Entretanto, em consonância ao que acredita Ada Pellegrini Grinover, a doutrina continuamente inclinava-se ao seguinte entendimento:

Se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo inter partes – fora do processo no qual foi proferida.³³

No mesmo sentido, Alfredo Buzaid.³⁴

Na linha clássica, José Afonso da Silva³⁵, acredita que a efetividade da sentença que prolata a inconstitucionalidade ocasiona um comportamento *incidenter tantum*, que procura a verificação da presença ou não de vício apontado e gera coisa julgada apenas entre as partes:

³¹ AMORIM, Aderbal Torres de. O novo recurso extraordinário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 32.

³² ZAVASKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.15.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. São Paulo: Revista de Processo, 1998. p. 99

³⁴ BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 23.

³⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54.

A sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto que o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade.

O problema deve ser, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeito ex tunc, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei constitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira eficácia. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.³⁶

Pedro Lenza³⁷ batiza a abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade como “Teoria da Transcendência dos Motivos determinantes da sentença no Controle Difuso³⁸” e alude:

Percebe-se, atualmente, destacando-se dois importantes precedentes (o caso de Mira Estrela³⁹ e a discussão sobre a constitucionalidade da “progressão do regime na lei dos crimes hediondos⁴⁰), uma nova tendência no STF (ainda não pacificada) de se aplicar a chamada teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (ratio decidendi) também para o controle difuso. [...] Por todo o exposto, muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso é sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º LXXVIII – reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), parecem faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam constitucionais, para a sua implementação.⁴¹

³⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54.

³⁷ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 231.

³⁸ DIDIER, Fredie Jr. Cunha tal teoria de: objetivação do recurso extraordinário. Transformação do recurso extraordinário. Para Marcelo Novelino: objetivação do processo subjetivo. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 154. RE 197.917/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno (inf. 398/STF). Na doutrina, em importante estudo, Gilmar Mendes afirma ser [...] possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica “reforma da Constituição sem expressa modificação de texto.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82959/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴¹ DIDIER, Fredie Jr. Cunha tal teoria de: objetivação do recurso extraordinário. Transformação do recurso extraordinário. Para Marcelo Novelino: objetivação do processo subjetivo. São Paulo: Saraiva, 2010.

Entretanto, ao conferir efeito erga omnes e vinculante para as suas deliberações, como ambicionou Gilmar Mendes, ergue-se a indagação se o Supremo atuaria de forma a extrapolar a atribuição constitucional do Senado Federal, concedendo para este tão somente a função de fazer pública a decisão de inconstitucionalidade prolatada por esta Corte. No informativo 454 do STF, Gilmar fundamentou sua opinião supracitada, ao dizer:

Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP.⁴²

Demonstrando de maneira perfeita recente concepção, Rui Medeiros posiciona-se da seguinte maneira:

Finalmente, a admissibilidade de uma limitação de efeitos na fiscalização concreta não significa que um tribunal possa desatender, com base numa decisão puramente discricionária, a expectativa daquele que iniciou um processo jurisdicional com a consciência da inconstitucionalidade da lei que se opunha ao reconhecimento da sua pretensão. A delimitação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade não é fruto de 'mero decisionismo' do órgão de controle. O que se verifica é tão-somente que, à luz do ordenamento constitucional no seu todo, a pretensão do autor à não-aplicação da lei desconforme com a Constituição não tem, no caso concreto, fundamento.⁴³

Assim sendo, é a partir disso que o tema passa a ter maior relevância, pois os apoiadores da semelhança entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade, abstrato e difuso, desejam uma nova compreensão do inciso X do artigo 52 da Constituição. Dado que, frente a aplicação de um controle diversificado no direito brasileiro, não haveria motivos para continuar concedendo ao Senado

⁴² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 454. Brasília, 16 a 20 de abril de 2007 - Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴³ MEDEIROS, Rui apud MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. De acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário). São Paulo: Saraiva, 2005. p. 399.

Federal, a função de exercer o controle difuso, levando em consideração que, há o abstrato.

Sugere-se, dessa forma, uma mutação constitucional no artigo 52, X, CF, estabelecendo que o Senado desempenhasse apenas o ofício de tornar públicas as decisões do supremo, tendo em vista que, estas já estariam dotadas de efeito vinculante para todos.

O ponto que se coloca em destaque é que se há competência por parte do Supremo em exercer uma mutação constitucional ou, como vários apontam, apenas desprezar a função política do Senado no controle difuso, passando a conceder às decisões prolatadas pelo Supremo, nessa modalidade de controle, efeito erga omnes e vinculante.

4 A LEGITIMIDADE DO SENADO FEDERAL – ANÁLISE DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Das heranças deixadas por Montesquieu, consegue-se retirar que todo aquele que possui o poder em suas mãos, tende a usar de maneira abusada:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.⁴⁴

Deveras, amenizar uma prerrogativa do Senado seria identificar o Poder Judiciário como sendo um poder constituinte eterno, inválido e absolutista e, finalmente, seria a mesma coisa afastar do procedimento de controle difuso toda oportunidade de consentimento dos representantes da população.

A Constituição, em seu artigo 97, autoriza ao STF, na deliberação do quadro concreto, decretar, antes de julgar o mérito da causa, por maioria absoluta dos membros, a inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo do poder público⁴⁵, competindo ao Senado suspender a execução da lei apontada como inconstitucional (artigo 52, X, CF). Até então, o artigo 386 e seguintes do regimento interno do Senado Federal⁴⁶, estabelece que o Senado apreciará a afirmação, prolatada em decisão com trânsito em julgado pelo Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade, plena ou incompleta da norma através de comunicado do Presidente do Tribunal, apresentação do Procurador-Geral da República; programa de solução de iniciativa do comitê de constituição, justiça e cidadania. O comunicado, a apresentação e o programa acima mencionados necessitarão ser formados com o texto da lei, a qual se deve suspender a execução, da decisão proferida pelo Supremo, da apreciação do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento⁴⁷, que terá sua leitura

⁴⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. O espírito das leis. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987. p. 165.

⁴⁵ BRASIL. RISTF. Regimento Interno Supremo Tribunal Federal. Arts. 176 e 177. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴⁶ BRASIL. RISTF. Regimento Interno Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 15 set. 2019. Art. 386. O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: I – comunicação do Presidente do Tribunal; II – representação do Procurador-Geral da República; III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

⁴⁷ PUCRS. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/larissa_cogo.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

feita em plenário, o comunicado ou apresentação será enviada ao comitê de constituição, justiça e cidadania que elaborará plano de resolução findando a execução da lei, seja de forma plena, seja de forma incompleta.

As considerações negativas, ao posicionamento de Gilmar Mendes, um dos apoiadores mais importantes da abstrativização, se concebe no que diz respeito ao artigo 52, X da Constituição Federal. O Ministro afirma que ocorreu uma mutação constitucional na forma de analisar o artigo 52, X, no qual o dever do Senado seria tão somente tornar pública as decisões prolatadas pelo Supremo. Entretanto, o mencionado artigo é bastante inequívoco no que tange a atribuição de função do Senado que é o poder de “suspender a execução” da norma declarada inconstitucional, não existindo nessa atribuição nada sobre “tornar pública”. Pedro Lenza define:

No todo ou em parte deve ser interpretada como sendo impossível o Senado ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF. Assim, se a lei for declarada inconstitucional pelo STF, em controle difuso, de modo incidental, se entender o Senado Federal pela conveniência de suspensão da lei, deverá fazê-lo no todo, vale dizer, em relação a toda a lei que já havia sido declarada inconstitucional, não podendo suspender menos do que o decidido pela Excelsa Corte.⁴⁸

E declara que afastar a execução é conceder efeito erga omnes e vinculante, todavia, **ex nunc**, o que significa que não retroage.

O nome ajuda a entender: suspender a execução de algo que vinha produzindo efeitos significa dizer que se suspende a partir de um momento, não fazendo retroagir para atingir efeitos passados. Assim, por exemplo, quem tiver interesse em “pedir de volta” um tributo declarado inconstitucional deverá mover a sua ação individualmente para reaver tudo antes da Resolução do Senado, na medida em que ela não retroage.⁴⁹

Dentre os maiores adversários da mutação constitucional do artigo 52, X, da CF está o Ministro Joaquim Barbosa⁵⁰ que, em sede da reclamação nº 4335/AC votou

⁴⁸ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230.

⁴⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32.

⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 454. Brasília, 16 a 20 de abril de 2007 - Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>>. Acesso em: 15 set. 2019.

pelo não conhecimento da referida, apesar de ter conferido a ordem de Habeas Corpus. Acreditou que o fato de o Senado suspender uma lei, não significa afastar a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo, mas deveria ser visto com uma complementação. Constatou, ainda, que as próprias condições da ocorrência poderiam ser elucidativas, tendo em vista que, o que desencadearia o interesse da reclamante não seria o lapso do Senado em conferir extensiva efetividade às decisões proferidas pelo Supremo, mas a obstinação de um julgador em discordar indicação dada pela Corte, durante o tempo em que o ato não fosse suspenso pelo Senado.

Juliano Escoura disserta sobre a recém-adquirida incumbência do Senado:

Aduzem que o novo papel do Senado Federal no contexto do controle de constitucionalidade difuso é tão-somente dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade da lei *incidenter tantum*, a qual por si só já produz eficácia erga omnes.⁵¹

Luís Roberto Barroso indica mais casos nos países ocidentais em que a Suprema Corte vem desenvolvendo uma função um tanto quanto ativa no que tange a vida institucional:

De fato, desde o final da Segunda Guerra mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. No Canadá a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.⁵²

Dessa forma, nota-se o quanto está problemática tal circunstância no nosso ordenamento jurídico, uma vez que, além dos efeitos que ocasionarão as possíveis deliberações, a utilização do ativismo judicial tende a ferir outros preceitos que devem ser resguardados. Perante aos vários significados das normas, deve-se priorizar

⁵¹ ESCOURA, Juliano Fernandes. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo. v. 1. n. 4. São Paulo, 2009. p. 162.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 331.

aquelas que mais chegam perto de conformidade com a Constituição e, por conseguinte, não seja discrepante a Lei Maior.

Nesse contexto, a ocorrência da abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, ou ainda “transcendência dos motivos determinantes”, é vista por parte dos doutrinadores, como sendo um impulso, todavia, para outros é vista como algo que necessita de limitação. O desempenho antecipatório do STF pode ser fundamentada não só pela vagarosidade do Poder Legislativo em criar a lei que atenda ao caso concreto, mas pode ser também pelo Princípio da força Normativa da Constituição que regulamenta aos aplicadores da Lei Maior, conceder extrema irrefutabilidade às normas contidas na Constituição.

Finalmente, Amorim reconhece as desastrosas implicações resultantes do uso da abstrativização controle difuso de constitucionalidade:

A matéria é tormentosa. Podem-se aí vislumbrar as ingentes dificuldades postas pelo sistema do stare decisis. Neste, com freqüência, ocorrem intermináveis discussões acerca de qual fundamento predomina na decisão, qual o seu conteúdo, sua extensão, a projeção no tempo. Mais ainda, indaga-se acerca dos limites entre os diferentes motivos fundantes do decisum, a dizer, a ratio decidendi, de um lado, e, de outro, as manifestações obiter dicta, a saber, os argumentos secundários que apenas pretendem eficácia meramente persuasiva. Essa trilogia – decisum, fundamento, obiter dictum – pode bem desembocar em incertezas caudatárias de insegurança dos julgados e desconhecimento quando à extensão de seus efeitos. Em lugar dessas circunvoluções temerárias, fique-se com a súmula extraída diretamente dos decretos decisórios. Não se perca o contato com o chão. Vezes sem conta, a excessiva ousadia leva a vôos de Ícaro.⁵³

Assim sendo, nota-se que inércia desprovida de motivos por parte do legislador, acaba por fazer com que o Judiciário, em um comportamento bem ativista, necessite de componentes para preencher essa omissão legislativa, ao passo que se confirmou nos diversos exemplos citados, para que haja efetividade dos direitos essenciais. Em contra partida, esse novo entendimento necessita e muito de uma limitação, uma vez que, pode ser usado com bastante abuso por parte daquele que detém tal prerrogativa.

⁵³ AMORIM, Aderbal Torres de. O novo recurso extraordinário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 31.

5 A INICIATIVA DE INQUÉRITO POR PARTE DO STF

Em 14 de Março de 2019, o Ministro Dias Toffoli (presidente do Supremo) comunicou a abertura de um inquérito criminal com o objetivo de averiguar falsas notícias (fake News) e acometimentos feitos contra os ministros da Suprema Corte. O Presidente informou também que o procedimento investigatório ficaria por conta do ministro Alexandre de Moraes através de nomeação, sem respeitar a livre distribuição de causas. Diante disso, necessário se faz alguns apontamentos acerca da abusividade de tal inquérito.

1- Não há a definição do fato que seria objeto de investigação:

Nota-se que há um claro abuso em relação a tal ato. Não é nada compatível com liberdades constitucionais uma apuração de um fato em que não é possível identificar o objeto. Existem diversos dispositivos que, acompanhando as garantias constitucionais seguem nesse rumo: o código de processo penal, determina no artigo 5º, §1º que o procedimento para a abertura de inquérito precisará incluir “a narração do fato, com todas as circunstâncias”. A resolução do CNMP que dispõe acerca das investigações feitas pelo Ministério Público segue o mesmo entendimento, uma vez que, estabelece em seu 4º⁵⁴ artigo que “o procedimento investigatório criminal será instaurado por portaria fundamentada, devidamente registrada e autuada, com a indicação dos fatos a serem investigados.”

Dessa forma, o primeiro vício da portaria é permitir que haja um inquérito com um alcance tão abrangente ao ponto de determinar a investigação de fatos incertos e pessoas indetermináveis.

2- A violação da livre distribuição:

Com o intuito de resguardar a imparcialidade dos juízes que atuam em processos que tratam de questões criminais, o legislador ordenou que a distribuição dos feitos não fosse feita de modo particular, determinando então, a livre distribuição.

É o categoricamente determina o artigo 66 do Regimento Interno do STF:

⁵⁴ BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

Art. 66. A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo.⁵⁵

E no mesmo entendimento o artigo 75 do Código de Processo Penal:

Art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.⁵⁶

Dessa forma, o legislador determinou a livre distribuição como uma maneira de se evitar um “jogo de cartas marcadas”, atribuído ao juiz com convicção antecipadamente formada sobre o caso. Sendo assim, nomear o Ministro Alexandre de Moraes como encarregado do inquérito, foi uma conduta extremamente abusiva por parte do Presidente do Supremo.

3- A falta de competência por parte do STF:

Quando o assunto é investigação criminal, o Supremo possui tão somente duas atribuições:

a) Inquirir, por intermédio de um relator, inquéritos regidos por autoridade policial que averiguem autoridades a imunidade do foro por prerrogativa de função diante daquela corte.

b) Em hipótese de infração empreendida dentro da sede ou nas dependências do STF, instaurar inquérito nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do STF.

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.⁵⁷

O caso não versa sobre crime cometido dentro da sede ou nas dependências do Supremo e não há qualquer indício de que se trata de pessoa como foro privilegiado. Novamente, uma conduta exageradamente abusiva por parte do Presidente do Supremo.

⁵⁵ BRASIL. RISTF. Regimento Interno Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁵⁶ BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

⁵⁷ BRASIL. RISTF. Regimento Interno Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 15 set. 2019.

4- A violação do sistema acusatório adotado pela Constituição de 1988:

Há duas modalidades de sistemas penais bastante opostos entre si:

a) Inquisitório: É aquele em que não existe divisão entre a pessoa que tem como incumbência julgar e acusar. Isso significa que o mesmo magistrado que julgará essa causa no futuro também irá deflagrar a persecução penal, instaurar o inquérito e acusar.

b) Acusatório: É aquele que de forma bem clara, divide a pessoa que acusa da pessoa que julga. Isso significa que uma outra pessoa irá ficar responsável por deflagrar a persecução, instaurar o inquérito e acusar.

A Constituição Federal instituiu no artigo 129, I, CF que a promoção da ação penal pública é de competência privativa do Ministério Público. Isso quer dizer que foi tirado do Poder Judiciário a incumbência de acusar, estabelecendo então, um sistema acusatório, que honestamente, é bem mais condizente com as garantias estipuladas na Lei Maior.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;⁵⁸

Dessa forma, de acordo com o entendimento de melhores autores processualistas, os magistrados não possuem competência para acusar, muito menos para deflagrar uma investigação, tendo em vista que, esse sistema é um desdobre instrumental da atribuição de acusar. Se um magistrado pudesse se envolver na investigação, mesmo que fosse apenas para ordenar sua abertura, o juiz já arruinaria seu dever de imparcialidade, pois, manifestaria empenho no êxito da persecução do ato ou da pessoa averiguada. O artigo 40 do CPP demonstra de forma elucidativa que a função do juiz combina perfeitamente com o sistema acusatório.

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.⁵⁹

⁵⁸ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁵⁹ BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

Sendo assim, ao determinar a instauração de um inquérito, o Presidente do Supremo que é integrante do Poder Judiciário, violou de modo indiscutível, o sistema acusatório. Mais uma vez, percebe-se que o ativismo exacerbado por parte do Supremo, tendo em vista que, sempre que este Corte acha vantajoso, ela resolve inovar. O grande problema de tais inovações é que acaba por ferir competências que não lhes dizem respeito, gerando, assim, um caos no sistema. O STF como guardião da Constituição, deveria ser o primeiro a protegê-la desse ativismo disfarçado “preenchimento de lacunas”, entretanto, o guardião da Lei Maior é o que mais a desrespeita, causando grandes desequilíbrios no ordenamento jurídico e um ordenamento que não é capaz de manter seu equilíbrio, causa inúmeros transtornos, gerando na população, insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial decorre da necessidade de se cobrir as lacunas deixadas pelos outros Poderes, principalmente ante a omissão do Poder Legislativo. O Supremo utiliza o ativismo como um remédio para solucionar as demandas judiciais em que os outros poderes deveriam atuar, todavia, no entendimento da Suprema Corte, não atuam. Ocorre que, quando um dos poderes resolve agir de modo que ultrapasse sua competência, este poder acaba por desequilibrar todo o ordenamento jurídico e tal desequilíbrio é de um prejuízo enorme para a segurança jurídica, tendo em vista que, a Constituição determina a função de cada poder e que, apesar de serem independentes e harmônicos entre si, não devem usurpar a competência uns dos outros sempre que “acharem” necessário.

Percebe-se que o Supremo confunde bastante o termo “Judicialização das Políticas Públicas” com o fenômeno do ativismo. Enquanto que na judicialização o Poder Judiciário é “intimado” a se manifestar ante à ameaça ou lesão ao direito das partes, o Judiciário decide naquilo que lhe é permitido, é o sinônimo de uma Constituição democrática. No ativismo judicial, há uma interferência indevida, danosa ao direito, há uma interpretação forçada da Constituição, baseada em convicções pessoais e nada democráticas.

Em síntese, o ativismo judicial em nada contribui para uma leitura democrática da Constituição Federal, é o sinônimo de desrespeito com as premissas estabelecidas pela Lei Maior. É uma afronta ao Estado Democrático de Direito e tal afronta é cometida por aquele que deveria guardar a Constituição e não desrespeitá-la de forma tão natural.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Aderbal Torres de. O novo recurso extraordinário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20060502.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Texto não publicado. Extraído da dissertação de mestrado de Carolina Scherer Bicca, intitulada “Ativismo Judicial” no Controle das Políticas Públicas: O Caso da Assistência Social no Brasil. 2011.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82959/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006. Disponível em:
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 454. Brasília, 16 a 20 de abril de 2007 - Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958.

CHAER, Márcio. Entrevista: José Celso de Mello Filho. Revista Consultor Jurídico, 15 de março de 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei>. Acesso em: 08 set. 2019.

DEBATE NA SOCIEDADE. STF enfrenta polêmicas com independência, diz Peluso. Revista Consultor Jurídico, 15 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua>>. Acesso em: 17 ago 2019.

DIDIER, Fredie Jr. Cunha tal teoria de: objetivação do recurso extraordinário. Transformação do recurso extraordinário. Para Marcelo Novelino: objetivação do processo subjetivo. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESCOURA, Juliano Fernandes. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo. v. 1. n. 4. São Paulo, 2009.

FERREIRA, Eduardo. O novo constitucionalismo. Visão jurídica. 48 ed. São Paulo: Escala, 2010.

GARNETT, Richard W. Debate: judicial activism and its critics. v. 155. University of Pennsylvania Law Review, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. São Paulo: Revista de Processo, 1998.

JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>>. Acesso em: 08 set. 2019.

LEAL. Tourinho. Ativismo ou Altivez? Minas Gerais: Fórum, 2010.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAGALHAES. Pedro Naves. O ativismo judicial e os reflexos no processo civil. São Paulo, 2014.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA. Rogério Montai de. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MARQUES, Gabriel. Curso de Direito Constitucional I. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/97172325/CURSO-DE-CONSTITUCIONAL-I-PROF-GABRIEL-MARQUES-2012-1>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

MEDEIROS, Rui apud MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. De acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário). São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. O espírito das leis. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PUCRS. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/larissa_cogo.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2012.

RONCAGLIA, Daniel. Ativismo judicial é necessário na omissão do Poder Público. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-abr23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico?pagina=5>. Acesso em: 19 ago. 2019.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, em “neoconstitucionalismo(s)”, org. Miguel Carbonell. Madrid: Trota, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZAVASKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.